

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/12/20 93/17/0058

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.12.1996

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
34 Monopole;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §45 Abs2;  
AVG §58 Abs2;  
AVG §60;  
AVG §67;  
GSpG 1962 §2 Abs1 idF 1976/626;  
GSpG 1962 §3 idF 1976/626;  
GSpG 1962 §50 Abs1 Z1 idF 1976/626;  
GSpG 1989 §2 Abs1;  
GSpG 1989 §2 Abs3;  
GSpG 1989 §4 Abs2;  
GSpG 1989 §52 Abs1 Z5;  
VwGG §41 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litb;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hnatek und die Hofräte Dr. Puck und Dr. Köhler als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Fegerl, über die Beschwerde des W in T, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 1. Dezember 1992, Zl. VwSen-230100/7/Gf/Hm, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesministerium für Finanzen) hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 13.010,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 24. Juni 1992 wurde dem Beschwerdeführer

folgende Tat zur Last gelegt: "Herr (T.R.) hat in den Nachmittagsstunden des 22.4.1991 gegen einen Einsatz von S 500,-- wobei pro Spiel ein Einsatz von S 5,-- gesetzt wurde, an dem von der Firma W. .... aufgestellten Pokerautomaten im Cafe (K. in B., S.-) Straße 12, einen Gewinn von S 2.000,-- erzielt, wobei dieser erspielte Betrag (Gewinn) von einem Angestellten dieses Cafes an den Spieler in Form von Bargeld ausbezahlt wurde." Im Spruch dieses Bescheides heißt es - soweit für den vorliegenden Beschwerdefall von Bedeutung - unter Punkt 1. weiter, die Firma W. habe somit einen Glücksspielautomaten, der dem Glücksspielmonopol unterliege, außerhalb einer Spielbank betrieben. Als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma W. sei der Beschwerdeführer für diese Übertretung des Glücksspielgesetzes im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Er habe dadurch § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 52 Abs. 1 Z. 5 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989 i.d.F. BGBl. Nr. 344/1991 (im folgenden: GSpG) sowie § 9 Abs. 1 VStG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von S 20.000,-- im Uneinbringlichkeitsfalle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen verhängt.

Der zweite Spruchpunkt dieses Bescheides betraf eine Übertretung des Oberösterreichischen Veranstaltungsgesetzes durch dieselbe Tat.

Der Beschwerdeführer er hob gegen das erstinstanzliche Straferkenntnis Berufung und brachte darin im wesentlichen vor, daß keine Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 GSpG vorlägen bzw. die Firma W. keinerlei Ausspielungen durchführe, sondern Automaten nur verkaufe und verleihe. Die Firma W. sei weder Veranstalter, noch habe sie für vermögensrechtliche Leistungen eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht gestellt. Die Verwaltungsstrafbehörde habe das Gerät hinsichtlich des Spielablaufes nicht überprüft und es liege auch kein Sachverständigengutachten vor; die Voraussetzungen für eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates nach § 2 Abs. 2 GSpG seien nicht gegeben. Die Firma W. sei nicht Betreiber des Gerätes, dies sei der Lokalhaber; wie dort der Betrieb abgewickelt werde, sei nicht erhoben worden. Es fehlten auch Erhebungen hinsichtlich der Ausnahmebestimmung des § 4 Abs. 1 und 2 GSpG. Von der Firma W. sei das Gerät als Unterhaltungsautomat mit entsprechender Kennzeichnung zur Verfügung gestellt worden, mit dem Betrieb selbst habe sie nichts mehr zu tun. Für eine (allfällige) gesetzwidrige Verwendung könnten die Firma und er (der Beschwerdeführer) selbst nicht zur Verantwortung gezogen werden.

1.2. Mit Bescheid des belangten Behörde vom 1. Dezember 1992 wurde der Berufung des Beschwerdeführers hinsichtlich der Übertretung des O.ö. Veranstaltungsgesetzes Folge gegeben und das Strafverfahren insoweit eingestellt. Im übrigen wurde die Berufung abgewiesen und das erstinstanzliche Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, daß es im Spruch dieses Bescheides anstelle der Bezeichnung "Firma W." nunmehr "H.u.W. W. GmbH" zu heißen habe und die Ersatzfreiheitsstrafe mit 22 1/2 Stunden festgesetzt werde.

In der Begründung dieses Bescheides stellte die belangte Behörde den entscheidungswesentlichen Sachverhalt dahingehend fest, daß der Beschwerdeführer zum Tatzeitpunkt alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer der H.u.W. W. GmbH gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung mit der Besitzerin des Lokales K. in diesem Lokal einen Pokerspielautomaten aufgestellt, bei dem pro Spiel ein Einsatz zwischen S 5,-- und S 40,-- und ein Gewinn bis zum Vierzigfachen des jeweiligen Einsatzes möglich gewesen sei. Die an diesem Automaten getätigten Spieleinsätze seien zwischen dem Beschwerdeführer und der Lokalbesitzerin je zur Hälfte aufgeteilt worden. Am Vorfallstag habe der Zeuge (T.R.) auch gespielt und dabei letztlich einen Gesamtgewinn zwischen S 1.500,-- und S 2.000 erzielt, welcher dem Zeugen von einem Angestellten der Lokalbesitzerin in Form von Bargeld ausbezahlt worden sei.

Die belangte Behörde stützte sich bei diesen Feststellungen (was den Spielablauf und die Auszahlung betrifft) auf die Zeugenaussage des in der mündlichen Verhandlung einvernommenen T.R., der den gegenständlichen Apparat bespielt und in der Folge die Anzeige erstattet hatte. In ihrer eingehend begründeten Beweiswürdigung beurteilte die Behörde dessen Aussage als glaubwürdig und schlüssig, während sie demgegenüber die Aussagen des Beschwerdeführers, der Lokalbesitzerin und des Angestellten derselben - soweit diese die Auszahlung von Geldgewinnen bestritten und die ausschließliche Möglichkeit der Erzielung von Bonuspunkten und Freispielen behauptet hatten - als nicht überzeugend bewertete. Insbesondere widerspreche es nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, daß der Zeuge - der zum Vorfallszeitpunkt mehrere Lokale zum Zwecke des Spielens an Automaten besucht habe - seine Spielleidenschaft nicht allein durch das Erzielen von Bonuspunkten und Freispielen, sondern in erster Linie durch die Aussicht auf einen Geldgewinn zu befriedigen gesucht habe. Als unglaubwürdig habe sich hingegen das Vorbringen des

Beschwerdeführers erwiesen, daß die bei Beendigung des Spieles (etwa wegen der Sperrstunde) bestehenden Gutschriften deshalb nicht in Geld ausbezahlt würden, weil ohnehin die Möglichkeit bestünde, am nächsten Tag weiterzuspielen. In diesem Fall müßte nämlich der Automat allenfalls über einen längeren Zeitraum bis zum Wiedererscheinen des Spielers bereitgehalten werden, ohne daß er in der Zwischenzeit von einem anderen Spieler benutzt werden könnte.

In den rechtlichen Erwägungen dieses Bescheides führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der Rechtsgrundlagen zunächst aus, daß der Beschwerdeführer als alleinvertretungsbefugter handelsrechtlicher Geschäftsführer einer GmbH gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Verantwortung gezogen werde und begründete, warum das Fehlen dieses Merkmals auf die Vollständigkeit der Umschreibung der Verfolgungshandlung keinen Einfluß habe und keine Verjährung eingetreten sei. Im Hinblick auf § 44a VStG sei jedoch im Spruch des Strafbescheides die Wendung "Firma W."

durch "H.u.W. W. GmbH" zu ersetzen gewesen. Nach eingehenden Ausführungen zum Verhältnis von § 168 StGB zu § 52 GSpG legte die Behörde weiters dar, daß die Glücksspielbegriffe beider Bestimmungen ident seien. Nach den Materialien zu § 168 StGB seien dies Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhingen. Es existiere zwar keine Verordnung nach § 1 Abs. 2 GSpG, mit der bestimmte Spiele als Glücksspiele bezeichnet würden, die in der - mittlerweile nicht mehr dem Rechtsbestand angehörenden - Verordnung BGBI. Nr. 253/1923 i.d.F. BGBI. Nr. 3/1933 enthaltene Liste verbotener Spiele sei aber zufolge Judikatur und Lehre zu § 168 StGB insofern von Bedeutung, als die dort bezeichneten Spiele "glücksspielverdächtig" seien. In dieser Liste sei explizit das Pokerspiel angeführt, Poker sei daher als Glücksspiel auch i. S.d. Glücksspielgesetzes zu betrachten. Hingegen sei die Auffassung des Beschwerdeführers, es handle sich beim Pokerspiel nicht bloß um ein Glücks-, sondern um ein Geschicklichkeitsspiel, nicht geeignet, von der gegenteiligen Lehre und Judikatur abzugehen. Aus diesem Grund sei es auch nicht erforderlich gewesen, den hiezu vom Beschwerdeführer beantragten Sachverständigenbeweis durchzuführen. Zur Tatbestandsmäßigkeit i.S.d. § 52 Abs. 1 Z. 5 i.V.m. § 4 Abs. 2 GSpG führte die belangte Behörde sodann im wesentlichen aus, es bleibe vor dem Hintergrund der Ergebnisse des Beweisverfahrens lediglich zu prüfen, ob der Beschwerdeführer den Pokerautomaten i.S.d. § 52 Abs. 1 Z. 5 GSpG "betrieben (veranstaltet)" oder bloß "zugänglich gemacht (innegehabt)" habe. Nach der ersten Alternative des § 52 Abs. 1 Z. 5 GSpG sei ein auf die Eröffnung der Möglichkeit zum Glücksspiel gerichtetes Handeln wie etwa das Aufstellen des Automaten in Gewinnerzielungsabsicht an einem allgemein zugänglichen Ort gefordert. Andererseite solle nach der zweiten Alternative der genannten Bestimmung auch derjenige, der als "Inhaber" (dem im Gegensatz zum Eigentümer oder Besitzer der Willen fehle, über den Spielautomaten mit Rechtsmacht zu verfügen) bloß mittelbar dazu beitrage, daß einem Dritten die Möglichkeit zum Glücksspiel eröffnet werde, der Strafdrohung unterliegen, wie etwa der, der es - ohne selbst daraus einen Nutzen zu ziehen - zulasse, daß der Automat an einem seiner Einflußsphäre unterliegenden, öffentlich zugänglichen Ort aufgestellt wird. Ein "Betreiben" schließe stets das "Zugänglichmachen" ein, das Betreiben stehe daher zum Zugänglichmachen im Verhältnis einer unechten Idealkonkurrenz in Form der Konsumtion. Wie das Beweisverfahren ergeben habe, habe zwischen dem Beschwerdeführer und der Lokalbesitzerin eine vertragliche Vereinbarung bestanden, wonach der aus dem Spielautomaten erzielte Erlös je zur Hälfte geteilt werde. Es sei daher offensichtlich, daß der Beschwerdeführer mit dem Aufstellen des Pokerautomaten den Zweck verfolgt habe, Dritten die Gelegenheit zum Glücksspiel zu bieten bzw. in Gewinnerzielungsabsicht Dritte zum Glücksspiel zu verleiten. Er habe daher diesen Glücksspielautomaten gemäß § 52 Abs. 1 Z. 5 erste Alternative GSpG betrieben.

1.3. Gegen den bestätigenden - die Übertetzung nach dem Glücksspielgesetz betreffenden - Teil dieses Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem Recht verletzt, insbesondere in Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 4 GSpG nicht nach § 52 Abs. 1 Z. 5 erste Alternative des GSpG bestraft zu werden.

1.4. Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. § 1 Abs. 1 GSpG 1989, BGBI. Nr. 620, lautet:

"Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen."

§ 2 GSpG bestimmt:

"(1) Ausspielungen sind Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt.

(2) Eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates liegt vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung herbeigeführt wird.

(3) Ein Glücksspielautomat ist ein Glücksspielapparat, der die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig herbeiführt oder den Gewinn selbsttätig ausfolgt."

§ 4 GSpG lautet auszugsweise:

"(1) Glücksspiele, die nicht in Form einer Ausspielung durchgeführt werden, unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn kein Bankhalter mitwirkt oder der Einsatz 5 S nicht übersteigt.

(2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn

1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 5 S nicht übersteigt und
2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 200 S nicht übersteigt.

..."

§ 52 Abs. 1 GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 344/1991 (in Kraft getreten am 1. April 1991) bestimmt auszugsweise:

"Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 300 000 S zu bestrafen,

...

5. wer Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterliegen, außerhalb einer Spielbank betreibt (Veranstalter) oder zugänglich macht (Inhaber);

..."

2.2. Sowohl in der Vernehmung vor der belangten Behörde als auch in der vorliegenden Beschwerde wird vom Beschwerdeführer zugestanden, daß es sich bei dem gegenständlichen Spielapparat um einen Pokerautomaten handelt. Daß dieser Spielapparat schon deswegen keine Glücksspielautomat sei, weil Gewinn und Verlust nicht zumindest überwiegend vom Zufall (§ 1 Abs. 1 GSpG), sondern mehr von der Geschicklichkeit und Intelligenz des Spielers abhingen, wird weder in der Beschwerde geltend gemacht, noch hat der Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren ein konkretes Sachverhaltsvorbringen in diese Richtung erstattet. Die Feststellung der belangten Behörde, daß es sich im vorliegenden Fall um ein Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG handelt, begegnet daher vor dem Hintergrund des Verwaltungsgeschehens keinen Bedenken.

2.3.1. Der Beschwerdeführer bekämpft die durch den angefochtenen Bescheid vorgenommene Qualifikation des gegenständlichen Gerätes als Glücksspielautomat im Sinne des § 2 Abs. 3 GSpG. Es handle sich um einen Unterhaltungsautomaten, der deutlich lesbar als solcher gekennzeichnet sei. Wenn ein Kunde einen "Gewinn", das heißt eine erfolgreiche Punkteanzeige, erreiche, so hätte er lediglich Freispiele. Eine mißbräuchliche Verwendung zur Veranstaltung von Glücksspielen könne zwar nicht ausgeschlossen werden, der Automat sei jedoch nach Zweck und Widmung hierfür nicht geeignet, insbesondere werde durch den Automaten selbst kein Geld ausgegeben. Diese Unterhaltungsautomaten unterliegen keineswegs den Bestimmungen des GSpG und verstießen grundsätzlich nicht für sich allein gegen Bestimmungen des GSpG. Eine von ihm als Verleiher des Automaten nicht kontrollierbare, mißbräuchliche Verwendung des Gerätes durch einen Gastwirt könne ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Daß er von einer mißbräuchlichen Verwendung Kenntnis gehabt oder diese sogar angeordnet habe, sei jedoch nicht einmal andeutungsweise hervorgekommen.

2.3.2. Nach § 2 Abs. 1 und Abs. 3 GSpG liegt eine dem Glücksspielmonopol unterliegende Ausspielung mittels eines Glücksspielautomaten dann vor, wenn der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung (Einwurf von Geld oder Spielmarken) eine Gegenleistung in Aussicht stellt, wobei die Entscheidung über Gewinn oder Verlust von einem Glücksspielapparat selbsttätig herbeigeführt oder der Gewinn vom Glücksspielapparat selbsttätig ausgefolgt wird. Das selbsttätige Ausfolgen des Gewinnes ist demnach kein nowendiges Begriffsmerkmal eines Glücksspielautomaten. Wie bereits die Erstbehörde zutreffend hervorgehoben hat, ist es durchaus möglich, daß

ein Apparat - der normalerweise als reiner Unterhaltungsautomat dient und auch als solcher gekennzeichnet ist - in der Weise gesetzwidrig verwendet wird, daß am Automaten erzielte und angezeigte Punktegewinne in Form von Bargeld ausbezahlt werden. Es kann also mit einem Pokerautomaten, der selbsttätig keine vermögenswerte Gegenleistung an den Spieler ausfolgt, sehr wohl in das Glücksspielmonopol eingegriffen werden.

Daß der gegenständliche Apparat - der unbestritten die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung nach Einwurf von Geld selbsttätig herbeiführte und das Spielergebnis anzeigte und aufzeichnete - in betriebsbereitem Zustand aufgestellt und bespielbar war sowie bespielt wurde und daß den Spielern eine Gegenleistung für ihren Geldeinsatz - nämlich die Auszahlung von Punktegutschriften in Form von Bargeld - in Aussicht gestellt wurde, hat die belangte Behörde in einem diesbezüglich mängelfreien Verfahren festgestellt.

Dabei ist darauf hinzuweisen, daß in der Frage der Beweiswürdigung die Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes darauf eingeschränkt ist, ob der maßgebende Sachverhalt ausreichend ermittelt wurde und ob die hiebei angestellten Erwägungen schlüssig sind, weshalb es dem Gerichtshof verwehrt ist, die vorgenommene Beweiswürdigung darüber hinaus auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen (vgl. dazu insbesondere das Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053).

Vor dem Hintergrund dieser gemäß § 41 VwGG eingeschränkten Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes findet der Gerichtshof keinen Anlaß, die diesbezüglichen Ermittlungen der belangten Behörde als unvollständig oder die aus den Beweisergebnissen (insbesondere der Aussage des Zeugen T.R.) nach eingehender Beweiswürdigung gezogenen Folgerungen der belangten Behörde als unschlüssig zu beurteilen.

Die auf diesen Sachverhalt gegründete rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, daß zur Tatzeit am Tatort mit dem in Rede stehenden Gerät Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten im Sinne des GSpG vorgenommen wurden, ist somit nicht rechtswidrig. Eine andere Frage betrifft die Zurechnung dieser Ausspielung zum Beschwerdeführer, mithin seine Qualifikation als Betreiber (Veranstalter) des Glücksspiels, worauf unten (siehe Punkt 2.5.2.) näher einzugehen ist.

2.4.1. Zunächst soll jedoch auf das Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen werden, wonach bei dem gegenständlichen Pokerautomaten lediglich ein Einsatz von S 1,-- bis S 5,-- pro Spiel möglich gewesen sei und der Maximalgewinn - falls ein solcher ausbezahlt worden wäre - das Vierzigfache des Einsatzes, sohin S 200,-- pro Spiel betragen hätte. Es könnte daher aufgrund der in § 4 GSpG geregelten Ausnahmen vom Glücksspielmonopol keineswegs von einer Verletzung des GSpG gesprochen werden. Außerdem habe auch der Zeuge T.R. selbst immer nur mit einem Einsatz von S 5,-- gespielt, was sich aus der Anzeige sowie aus dem gesamten Akteninhalt ergebe. In diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer überdies, daß die Behörde es trotz seiner diesbezüglichen Beweisanträge unterlassen habe, sich den Apparat anzusehen oder durch einen Sachverständigen begutachten zu lassen, um festzustellen, daß lediglich Spiele mit einem Einsatz von S 1,-- bis S 5,-- möglich seien.

2.4.2. Wie die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend darlegt, wäre die Durchführung des Lokalaugenscheines oder die Begutachtung des Apparates durch einen Sachverständigen als Beweismittel schon deshalb untauglich gewesen, weil nach einer seit dem Datum des Vorfalles verstrichenen Zeit von mehr als eineinhalb Jahren keine Gewähr dafür geboten gewesen wäre, daß sich der Apparat noch im selben Zustand befunden hätte wie zum Tatzeitpunkt, und sich somit aus der Durchführung dieser Beweise durch die belangte Behörde nichts mehr hätte erschließen lassen.

Es ist zwar richtig, daß der Zeuge T.R. seinen Angaben zufolge am Pokerautomaten selbst nur Einsätze von S 5,-- pro Spiel getätigt hat. Der Zeuge hat aber auch ausgesagt, daß bei diesem Automaten ein Maximaleinsatz von S 40,-- pro Spiel möglich gewesen sei und auf dem Gerät auch der mit dem jeweiligen Einsatz korrespondierende Höchstgewinn (bei einem Einsatz von S 40,-- ein Höchstgewinn von S 1.600,--) angezeigt worden sei. Die Richtigkeit dieser Angaben des Zeugen T.R. hat die belangte Behörde in einer vom Verwaltungsgerichtshof nicht zu beanstandenden Würdigung der Beweise, insbesondere auch unter Berücksichtigung des von der belangten Behörde in der Vernehmung gewonnenen Eindrückes von der Glaubwürdigkeit des Zeugen, als erwiesen angenommen. Auch hinsichtlich der Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenzen des § 4 Abs. 2 GSpG sind die Feststellungen in einem mängelfreien Verfahren getroffen wurden. Ob die Beweiswürdigung der belangten Behörde in dem Sinne richtig ist, daß das den Beschuldigten belastende Ergebnis der Beweisaufnahme und nicht dessen Verantwortung den Tatsachen entspricht,

kann der Verwaltungsgerichtshof aufgrund seiner hinsichtlich der Beweiswürdigung - wie bereits oben erwähnt - eingeschränkten Kontrollbefugnis nicht überprüfen. Eine Unvollständigkeit der Ermittlungen oder eine Unschlüssigkeit der Folgerungen, welche die belangte Behörde aus der von ihr - aus den in der Beweiswürdigung dargestellten Gründen - als glaubwürdig beurteilten Aussage des Zeugen T.R. gezogen hat, vermag der Verwaltungsgerichtshof auch hinsichtlich der Feststellungen zu § 4 Abs. 2 GSpG nicht zu erkennen.

Der Vollständigkeit halber sei noch bemerkt, daß die Ausnahmebestimmung des§ 4 Abs. 2 GSpG so zu verstehen ist, daß schon die bei einem bestimmten Spielautomaten für einen Spieler gegebene Möglichkeit, eine der beiden Geringfügigkeitsgrenzen zu überschreiten, genügt, um eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol zu verneinen. Mit anderen Worten ist die Einhaltung dieser Grenzen nicht nach dem tatsächlichen Einsatz oder Gewinn eines bestimmten Spielers bei einem konkreten Spiel zu beurteilen, sondern danach, welcher maximale Einsatz einem potentiellen Spieler ermöglicht und welche maximale Gegenleistung dafür in Aussicht gestellt wird. Dies ergibt sich schon daraus, daß nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine dem Glücksspielmonopol unterliegende Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 3 GSpG bereits dann vorliegt, wenn der Glücksspielapparat in betriebsbereitem Zustand aufgestellt ist oder aus den Umständen hervorgeht, daß jedem potentiellen Interessenten die Inbetriebnahme des Gerätes möglich ist und der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine im Wege des Glücksspielautomaten zu ermittelnde oder auszufolgende Gegenleistung in Aussicht stellt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 1995, Zl. 91/17/0022, und die dort angeführte Rechtsprechung).

2.5.1. In der Beschwerde wird weiters vorgebracht, daß die W GmbH nicht als Betreiber im Sinne des § 52 Abs. 1 Z. 5 GSpG zu betrachten sei; das Unternehmen stelle lediglich aufgrund eines Leihvertrages das Gerät zur Verfügung, Betreiber des Gerätes sei jedoch ausschließlich der "Mieter" dieses Gerätes. Die Rechtsansicht der belangten Behörde, es genüge, daß ein Automat von einer Verleihfirma an einen Gastwirt verliehen werde, um auch den Verleiher als Betreiber dieses Automaten zu qualifizieren, sei unrichtig. Der Umstand, daß nach der vertraglichen Vereinbarung die Einstiegergebnisse 50:50 geteilt würden, spreche keineswegs für eine Anordnung bzw. Billigung der Barauszahlung von Gewinnen, wäre doch der Gewinn sowohl für den Verleiher als auch für den Betreiber am höchsten, wenn keine Gewinne ausbezahlt würden.

2.5.2. Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem bereits zitierten Erkenntnis vom 23. Juni 1995, Zl. 91/17/0022, unter Übernahme der Rechtsprechung zu § 50 Abs. 1 Z. 1 GSpG 1962 (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 23. Dezember 1991, Zl. 88/17/0010 = ZfVB 1991/2/473, und vom 14. Juli 1994, Zl. 90/17/0103) ausgeführt hat, kommt als Täter, der im Sinne des ersten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z. 5 GSpG Glücksspielapparate oder -automaten "betreibt (Veranstalter)", nur in Betracht, wer das Spiel AUF SEINE RECHNUNG ermöglicht.

Dagegen ist mit dem zweiten Tatbild des§ 52 Abs. 1 Z. 5 GSpG (Inhaber) eine Person gemeint, die den Apparat in ihrer Gewahrsame hat und diesen den Spielern zugänglich macht, wie etwa der Wirt, der sich von der Aufstellung des Apparates durch den Betreiber lediglich eine Belebung seiner Getränkeumsätze erhofft oder vom Automatenbetreiber eine vom Ertrag des Automaten unabhängige Miete erhält. Dieses Tatbild kommt also im vorliegenden Fall für den Beschwerdeführer von vornherein nicht in Betracht.

Darüber, auf wessen Rechnung das Glücksspiel durchgeführt wurde, wer also den Automaten "betrieben" hat, wurden von der belangten Behörde keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Zwar steht nach den Feststellungen der belangten Behörde fest, daß Gewinne von der Lokalinhaberin bzw. ihrem Angestellten in Form von Bargeld ausbezahlt wurden und der aus dem Spielautomaten erzielte Erlös je zur Hälfte zwischen der Lokalinhaberin und dem Beschwerdeführer aufgeteilt wurde. Damit wurde aber nur die Einnahmeseite betrachtet. Es ist dadurch nicht einmal ausgeschlossen, daß die Lokalinhaberin die gewonnenen Beträge aus eigenem bezahlte und die Erlösaufteilung das gesamte, in den Automaten eingeworfene Geld betraf. Überdies schließt ein erlösabhängiges Entgelt im Rahmen eines reinen Leihvertrages nicht aus, daß nur der Lokalinhaber Betreiber des Glücksspielautomaten auf eigene Rechnung und Gefahr ist. Das Durchführen eines Glückspieles auf eigene Rechnung und Gefahr bedeutet nämlich, daß sich Gewinn UND Verlust, also auch das Risiko, in der eigenen Vermögensphäre auswirken müssen. Über den Inhalt der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und der Lokalinhaberin für den Fall eines Verlustes (in einzelnen Abrechnungsperioden oder im gesamten) wurden aber keinerlei Feststellungen getroffen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. Juli 1994, Zl. 90/17/0103). Die vertragliche Vereinbarung über die Erlösaufteilung mag zwar ein Indiz für die Eigenschaft des Beschwerdeführers als Mitveranstalter sein, reicht aber zur Begründung einer solchen Qualifikation

nicht aus.

Da die belangte Behörde in Verkennung der Rechtslage Sachverhaltsfeststellungen in diesem Punkt unterlassen hat, hat sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

2.6. Aus den dargestellten Gründen mußte der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufgehoben werden.

2.7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit Art. I Z. 1 und Art. III Abs. 2 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994.

2.8. Soweit Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zitiert wurden, die in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Gerichtshofes nicht veröffentlicht sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 48/1965, hingewiesen.

#### **Schlagworte**

Begründungspflicht Beweiswürdigung und Beweismittel AllgemeinAngenommener Sachverhalt (siehe auch Sachverhalt Neuerungsverbot Allgemein und Sachverhalt Verfahrensmängel)Sachverhalt Beweiswürdigung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1996:1993170058.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

10.02.2010

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)